

RESPONSABILIDADE DOS PAIS PELOS DANOS CAUSADOS PELOS FILHOS

GELSON AMARO DE SOUZA

*Professor de Direito Processual Civil da Faculdade de
Direito de Presidente Prudente – SP- ITE.
Procurador do Estado Aposentado. Advogado militante.*

1 – NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

O estudo da responsabilidade civil oferece um grande leque de opções e variadas fontes de análise.

Destacam-se inúmeras fontes geradoras de responsabilidade, bem como não se pode deixar de lado os elementos integrantes desta.

Como regra geral, pode-se dizer que, havendo um dano, deve vir por consequência a responsabilidade por sua reparação, como já advertiu JOSSERAND, quem quebrou o vidro deve repará-lo.¹

Não obstante isso, casos existem em que ocorre o dano e não se apura quem é o responsável. Outros se dão de forma a indicar quem é o autor do dano, mas não indica sua responsabilidade. Ocorre também casos em que, apesar de indicação do dano e da responsabilidade por este, o prejudicado não encontra meio para ressarcir-se efetivamente do prejuízo sofrido, como se dá nos

¹ - “Qui casse verres les paye”, *L'évolution*, in *Evolutins et Actualites*, p. 45, apud. Wilson Melo da Silva, *Responsabilidade sem Culpa*, 5ª. ed., Saraiva, 1975.

casos de insolvência ou falência do responsável que já não mais possui bens para cumprir a obrigação.

Diante de tudo isso, a responsabilidade civil tornou-se tema por demais atraente nos meios jurídicos.

Entre tantos outros pontos de divergência na responsabilidade civil, vamos encontrar a responsabilidade dos pais pelos danos causados pelos filhos e do curador ou tutor pelos danos causados pelos curatelados ou tutelados respectivamente.

Sem se pretender esgotar a matéria, ao contrário, fazer-se-á uma análise singela da questão. Vamos, nesta monografia, fazer uma simples e sucinta ingressão no tema, antes, porém, não podemos deixar de analisar os aspectos da teoria geral da responsabilidade civil para, ao final, chegarmos ao nosso tema principal que é a responsabilidade dos pais, curadores e tutores.

2 - CONCEITO

A obrigação imposta a alguém, por lei, de reparar o dano sofrido por outrem se dá o nome de responsabilidade civil.²

Responsabilidade, vem de responder, ser responsável por alguma coisa ou por algum ato ou fato.

Responder por um ato ou fato é a pessoa sujeitar-se às consequências das suas ações ou omissões. Antunes Varela (1982³) refere-se à assunção moral e jurídica dos próprios atos. Todavia, pensamos que a assunção das consequências do ato não é imprescindível à responsabilidade, pois mesmo nos casos em que não há esta assunção voluntária, haverá a responsabilidade por imposição legal. Por isso, preferimos dizer que existe uma sujeição e não uma assunção pelas consequências do ato ou pela ocorrência do fato.

² VARELA, Antunes, DAS OBRIGAÇÕES EM GERAL, Coimbra, 4º ed., v.i. 1982, n. 122.

³ VARELA, Antunes, A RESPONSABILIDADE NO DIREITO, p.7, S. Paulo – 1982, Inst. Advogado de São Paulo – Grêmio Luso – Brasileiro.

A responsabilidade civil reveste-se de cunho pragmático, como apreçoam várias correntes, entre elas a do determinismo, muito ligado a do materialismo histórico marxista.⁴ Negando a essência pragmática da responsabilidade civil, aparecem as lições do jurista lusitano Antunes Varela (1982), por mais vezes referenciado. Para o mestre das universidades de Coimbra e Católica Portuguesa, o que existe é auto determinação, com a qual a responsabilidade civil adquire toda a sua substância e respeito à dignidade humana.⁵

Por sua vez, Carlos Roberto Gonçalves 1979, na esteira do que ensinara Afrânio Lira (1977), afirma que a responsabilidade civil é um fenômeno social, o que, ao que nos parece, aproxima-se do dogmatismo mencionado^{6 e 7}.

3 - HISTÓRICO

A responsabilidade civil aparecia já nas primeiras civilizações, através da atuação brutal do prejudicado que buscava a reparação através da forra, que era, no dizer de Wilton Melo da Silva (1974), instintiva e reflexa⁸.

Este foi o primeiro estágio ou a primeira forma de vingar o prejuízo, em que não se indagaria sobre a razão do acontecido, não importando a existência da culpa, dolo e estrito cumprimento do dever legal, etc.

Em uma segunda etapa, quando já se fazia presente a noção de que todo dano pode ter expressão econômica e pode ser substituído por dinheiro, o homem passou a aceitar compensação econômica pelo dano sofrido.

⁴ PACHAKANIS, E.B., O MARXISMO E A TEORIA GERAL DO DIREITO, p. 30, trad. Silvio Donizete Chagas, Acadêmica, São Paulo – 1988.

⁵ VARELA, Antunes, A RESPONSABILIDADE, cit. p. 08.

⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto, RESPONSABILIDADE CIVIL, Marília, SP, 1979, p. 11, Seleções Jurídicas.

⁷ LYRA, Afrânio, RESPONSABILIDADE CIVIL, Bahia, 1977, p. 30

⁸ SILVA, Wilson Melo da RESPONSABILIDADE SEM CULPA, Saraiva, São Paulo, 1974, p. 15.

Com um passo mais à frente, fora instituída e reconhecida uma autoridade, a compensação ou indenização já passa de voluntária para o campo da obrigatoriedade. Neste estado, não se reconhecia variação ou valoração do dano em concreto, para cada hipótese havia uma tarifa, nada importando as condições do causador do ano e nem da pessoa vitimada.

Somente com a evolução do direito romano, foi que surgiu a idéia de valoração do dano e a diferenciação entre os direitos públicos e privados. Só mais tarde contempla a idéia de culpa como elemento basilar da reparação de danos. É o que se chama de teoria aquiliana.

Vê-se, pois, que a responsabilidade civil passou por diferentes estágios. Em um primeiro momento, bastava o dano em se exigir o dolo ou culpa, que os antigos chamavam de responsabilidade objetiva. Mais a frente, passou-se a exigir o elemento psicológico que se relacionava à culpa ou ao dolo para que existisse responsabilidade.

Modernamente, estas correntes de pensamento dispersaram em três, a saber:

a) *Teoria Subjetiva* – que exige a atuação ou omissão com culpa ou dolo e, mais isso, a prova por parte do ofendido de que o ofensor agiu com culpa ou dolo;

b) *Teoria Objetiva* – Ao contrário do que tradicionalmente se apregoava, exige culpa para fixar a responsabilidade, mas, esta culpa é presumida e por isso dispensa prova por parte do ofendido. Basta o ofendido provar o dano e o nexo causal, sem necessidade de provar a culpa do ofensor;

Todavia, como prova de que a culpa é exigida (não a sua prova) é que o ofensor poderá elidir a presunção, produzindo prova de que não obrou com culpa, afastando, neste caso, sua responsabilidade;

Comparando estas duas teorias, pode se dizer que, entre uma e outra, ocorre a inversão do ônus da prova em relação à culpa, mas, não a dispensa da existência da culpa;

c) Teoria do Risco – esta teoria que para muitos é a mesma objetiva, em verdade não o é. Difere da teoria objetiva, pois não exige a existência de culpa. Enquanto na teoria objetiva a culpa é o elenco necessário, apenas dispensa-se a prova, mas sim, a própria culpa. A teoria do risco não exige o elemento culpa para se dar a responsabilidade. Mesmo sem culpa ocorre a responsabilidade.

4 - FONTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A fonte básica da responsabilidade civil é a lei. Sem lei, ninguém está obrigado a fazer ou não fazer (art. 5º, II, / 88). Como a responsabilidade civil implica em obrigação e esta somente existe mediante lei, logo, a responsabilidade deve ser imposta por lei.

Nem todo direito está na lei, mas, toda obrigação deve estar contida na lei. Sem lei, não há obrigação.

Em toda norma jurídica, encontra-se um antecedente e um conseqüente, o que se pode dizer, tratar-se de uma previsão e uma estatuição, a obrigação de indenizar.

Os pressupostos funcionam como fontes da obrigação de indenizar. Por isso a responsabilidade civil é estudada entre as fontes da obrigação.

Na previsão, podemos dizer que se encontram os pressupostos, da responsabilidade civil. São eles: o dano, fato típico e nexo de causalidade.

a) dano: este é o ponto de partida da responsabilidade civil. Não se pode falar em responsabilidade civil, sem que preexista um dano.

Pode este dano ser pessoal ou patrimonial.

b) fato típico – Não basta um fato qualquer, causador de dano, para gerar a responsabilidade civil. A concorrência profissional, por exemplo, é um fato danoso, pois corresponde a alguém tentando tomar o emprego do outro, mas, sem previsão legal, não será fato típico a ensejar obrigação de indenizar.

c) o nexo de causalidade – Corresponde à adequação do fato típico, quer seja a responsabilidade objetiva, quer na chamada responsabilidade subjetiva. É a verificação, se o fato típico é ou foi capaz de produzir aquele dano.

4.1 A LEI COMO FONTE PRIMARIA DE OBRIGAÇÃO

Falamos que a lei é a fonte básica de qualquer obrigação. Sem lei, ninguém estará obrigado a nada (art. 5º, CF). Este ponto foi melhor ressaltado em nosso Processo e Jurisprudência no Estudo do Direito.⁹

Esta afirmação pode parecer estranha à primeira vista, mas, em verdade, nada tem de absurdo. Em matéria de obrigação ou responsabilidade, devemos analisar suas fontes remotas e próximas. Isto é, uma antecedente e uma conseqüente.

Na fonte remota, encontramos como antecedente, sempre, a lei. Sem para alicerçar uma obrigação esta inexistirá (art. 5º, II, CF). Já na fonte próxima ou conseqüente, encontramos os fatos, os atos e os negócios jurídicos, que, estando conforme a lei, geram as obrigações.

Quero dizer com isso que a conseqüente deve estar conforme a antecedente e em perfeita sintonia com esta, o que demonstra a vinculação entre a fonte remota (Lei) e a fonte próxima (fato, ato ou negócio jurídico).

Quando falamos que toda responsabilidade ou obrigação nasce da lei, por certo causará perplexidade, e disso poderá surgir a indagação ou até mesmo a afirmação de que existe obrigação por manifestação de vontade, seja bilateral ou unilateral. É verdade, bem sabemos, que existem obrigações oriundas de contratos ou atos unilaterais, bem como de ato ou fato ilícito, etc. Todavia, não podemos perder de vista que estas formas de manifestação da obrigação ou responsabilidade somente produz efeito jurídico se antecedidas e amparadas pela fonte primária que é a lei.

⁹ SOUZA, Gelson Amaro de, PROCESSO E JURISPRUDÊNCIA NO ESTUDO DO DIREITO, Forense – Rio, 1989, p. 116 e 117.

Quando alguém causa prejuízo a outrem, está obrigado a reparar o dano se agiu com dolo ou culpa (art. 159., CC). Está obrigado porque existe lei neste sentido, Não houvesse lei neste sentido, não haveria obrigação. Basta ver que aquele que causar prejuízo a outrem, mas seu agir não for por dolo o culpa, não está obrigado a reparar o dano com base no art. 159 do Código Civil.

Em caso de contrato cujo objetivo for contrário à lei, não pode prevalecer a manifestação de vontade (art. 82, Cód. Civil). Assim também se dá com os atos unilaterais .

Alguns exemplos talvez esclareçam melhor a questão.

O art. 740 do Código Civil, permite a instituição de usufruto vitalício, mas não o permite de forma sucessiva. Acaso alguém ao deixar um bem para uma pessoa, com o usufruto. Estabelecendo sucessividade no usufruto, esta cláusula é nula e não produzirá efeitos jurídicos.

Na verdade, qualquer cláusula instituindo o usufruto sucessivo é proibida pelas leis do direito material, dizendo Carlos Maximiliano que : “é inadmissível o usufruto sucessivo, nem sequer limitado ao segundo grau. Ninguém pode aplicar ao uso e gozo a regra peculiar à propriedade de ser permitido deixá-la a uma pessoa, com o encargo de entregar à outra pessoa, com o encargo de entregar à outra, recebendo esta quando falecer aquela.”¹⁰

No mesmo diapasão, as lições dos trabalhistas Orlando Gomes, Direitos Reais, p. 389; Carvalho Santos, Código Civil Interpretado, v. IX, p. 335-334; W. Barros Monteiro, Direito das Coisas, p. 283.

De outra forma, a manifestação de vontade de fazer doações não gera a obrigação de doar, pois inexistente lei neste sentido. Quem promete doar, antes que a doação se efetive pode arrepender-se e disso não advirá consequência jurídica, pois a lei não prevê a obrigação de doar.

¹⁰ MAXIMILIANO, Carlos, DIREITO DAS SUCESSÕES, II, 395.

No julgamento dos Embargos Infringentes nº 165.298-1, do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, em que a tese exposta foi vencedora, consta do corpo do V. Acórdão que, “constitui dogma fundamental no contrato de doação que persista o chamado *animus donandi*, *id est*, necessário se faz que a vontade de doar seja atual, sendo sempre possível a revogação antes que a doação se consume. Leciona o Professor Agostinho Alvim que: *A necessidade de ser atual o animus donandi tem constituído óbice à promessa de doação. E isso porque entre a promessa e sua efetivação pode ter havido arrependimento. É possível coagir à entrega da coisa doada, não a doar.*¹¹

Neste caso deparamo-nos com a conseqüente (ato promessa de doar), mas falta a antecedente (fonte primária) que é a lei.

Poder-se-á praticar quantos atos queira, não estando estes previstos em lei, não gerará obrigação.

A lei, que é a fonte primária e maior de toda obrigação, pode determinar em casos específicos que uma pessoa pratique o ato e outra venha responder pelo mesmo. É o que se dá nos casos de responsabilidade por ato de terceiro. Esta obrigação ou responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos, porque para isto existe lei, como se vê da expressa disposição do art. 1.521, I, do Código Civil.

Não existisse esta previsão legal, por certo não haveria responsabilidade dos pais pelos danos causados pelos filhos, objeto de nosso modesto estudo.

5 - ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE

A nossa lei chega, em alguns casos, a ser expressa com relação à existência de responsabilidade civil, mesmo diante de atos ilícitos (art. 160 e 1.519, do Cód. Civil). Entretanto, na grande maioria dos casos em que surge a responsabilidade civil, trata-se de ato ilícito ou fato ilícito.

¹¹ JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA – Lex, nº 143, p. 221, S. Paulo – 1993.

Nos atos ilícitos, que representam a ampla maioria dos casos de responsabilidade civil, devemos analisar os elementos que o integram:

a) *Ação* – que, em sentido amplo, pode ser a atuação ou mesmo a omissão, seja própria ou de outrem.

b) *Ilicitude* – corresponde a contrariedade à ordem jurídica objetiva, deve logo ser considerada uma ilicitude dolosa ou culposa, na expressão do professor lusitano José de Oliveira ascensão.¹² Todavia, casos existem que os atos ilícitos também geram a responsabilidade civil.

c) *Imputabilidade* - Esta se relaciona com capacidade de entender e de querer; portanto, por falta de capacidade geral não podem ser responsabilizados.¹³

O Direito tradicional implantou o dogma de imputabilidade como inerente à capacidade. A tanto de ser generalizado o entendimento de que o incapaz é inimputável.

Todavia, Mazeaud et Mazeaud, *começando pela definição de responsável como aquele a quem incumbe reparar um dano, e chegando a admitir a responsabilidade das pessoas privadas de discernimento*.¹⁴

Aguiar Dias, também apregoa que *a responsabilidade paterna, como decorrente que é dos deveres do pátrio poder, não depende de ser ou não imputável o filho*.

6 - RESPONSABILIDADE SUBJETIVA

Eleva-se, louvar-se nos ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves (1979), conforme gisou, a responsabilidade subjetiva é

¹² ASCENSÃO, José de Oliveira, RESPONSABILIDADE CIVIL – ELEMENTOS QUE A INTEGRAM, Revista de Direito do TJRJ, nº 11 – p. 360- 371, Rio de Janeiro, 1992.

¹³ ASCENSÃO, José de Oliveira, op. cit. 365.

¹⁴ DIAS, JOSÉ DE Aguiar, DA RESPONSABILIDADE CIVIL, vol. 1, p. 21, Forense – Rio, 1979.

aquela em que a prova da culpa do agente é indispensável. Isto é, quando é necessária e indispensável a prova da culpa.¹⁵

A teoria da responsabilidade subjetiva implica em exigir do lesado que prove haver o causador do dano agido com culpa ou dolo, conforme dispõe o art. 159 do Código Civil.

Não serve aqui, apenas a prova de quem causou o dano. Exige-se mais, que o lesado prove mais que o dano, que o agente laborou com dolo ou culpa.

É, sem dúvida, uma situação de injustiça, pois, não legando o lesado provar a culpa do lesante este ficará inatingido. Isto é, causa prejuízo ao outro, mas, não está obrigado a ressarcí-lo. Rí-se da desgraça alheia que ele mesmo causou; mas que isso, zomba da sociedade, por não criar mecanismo capaz de fazê-lo responder pelos danos causados.

Esta teoria, com a evolução social, por certo estará com seus dias contados. Os elementos predominantes da responsabilidade civil devem ser o dano (comprovado) e sua autoria (comprovada). Exigir-se outra prova, além dessas, para o ressarcimento do dano é colocar o lesado em situação de inferioridade, pois a culpa e o dolo, mesmo ocorrentes, nem sempre é possível provar-se.

Nesta hipótese, a vítima fica com o prejuízo sem ter a ele dado causa. É, sem dúvida, uma injustiça, que o tempo e a evolução social, por certo, corrigirão.

7 - RESPONSABILIDADE OBJETIVA

A responsabilidade objetiva é conhecida como aquela em que não se exige a prova da culpa.

Aplicado o conceito de responsabilidade objetiva, desaparece a necessidade de provar a culpa do agente. Importa simplesmente a relação de causalidade entre o mal sofrido e o fato causador.¹⁶

¹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto, op. cit. p. 15.

¹⁶ BOITEX, Fernando Netto, LIBERDADE E RESPONSABILIDADE OBJETIVA, RF. 299, p. 60, Rio - junho/ agosto de 1987.

Aqui, trata-se da dispensa da prova da culpa por aquele que sofreu o dano. Mas, não se pode dizer tratar-se de responsabilidade sem culpa. Dispensa-se a prova de culpa, mas, não dispensa a culpa que nesse caso é presumida, que se permite ao causador do dano, provar que não obrou com culpa.

Responsabilidade objetiva é aquela que não exige prova de culpa do agente. É uma faceta da evolução e do pensamento mais moderno.

7.1. - RESPONSABILIDADE OBJETIVA PURA

Alvaro Villaça preferiu dividir a responsabilidade civil objetiva em pura e impura. Para ele, a responsabilidade objetiva pura é aquela que sempre implica em ressarcimento, ainda que inexistia culpa de qualquer dos envolvidos no evento danoso. Nesse caso, indeniza-se por ato ilícito ou por mero fato jurídico, porque a lei assim determinada¹⁷. São os casos da Lei nº 6.938/81 que cuida da poluição do meio ambiente; Lei nº 6.453/77 que versa sobre as atividades nucleares e arts. 12/14 do Código do Consumidor, diz o referido autor.

7.2. - RESPONSABILIDADE OBJETIVA IMPURA

Como elucida Alvaro Villaça, é aquela que tem, sempre, como pressuposto a culpa de terceiro, que está vinculado à atividade do indenizador.¹⁸

Parece-nos que esta modalidade que se chamou de objetiva impura difere daquela que Pontes de Miranda chamou de transobjetiva, por ter origem na ação de outrem.¹⁹

¹⁷ VILLAÇA, Alvaro, RESPONSABILIDADE OBJETIVA PURA E IMPURA, RT. 699/10.

¹⁸ VILLAÇA, Alvaro, RESPONSABILIDADE OBJETIVA PURA E IMPURA, RT.699/10.

¹⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, TRATADO DE DIREITO PRIVADO, tomo LIII, p. 136.

Para este último, quando alguém tem o dever de reparar, por ação de outrem, mas, culpa sua, diz-se transubjetiva a responsabilidade. Este autor não admite a responsabilidade de uma pessoa por culpa de outra, como afirma Alvaro Villaça.

Na visão de Alvaro Villaça, responsabilidade civil objetiva impura é a responsabilidade de Pontes de Miranda, o responsável responde por sua própria culpa, mas, por, ato de terceiro.

8 - TEORIA DO RISCO

A teoria da responsabilidade pelo risco difere da responsabilidade objetiva, muito embora muitos dos autores tratem-as como se fossem sinônimos.

Enquanto a teoria objetiva dispensa a prova da culpa, a teoria do risco dispensa a própria culpa do causador do dano.

Na responsabilidade objetiva, permite ao causador do dano provar que não agiu com culpa ou dolo. Há somente a inversão natural do ônus da prova. Em vez de exigir-se que o lesado prove a culpa do lesante, pelo contrário, esta já é presumida, cabendo ao causador do dano, caso queira liberar-se da responsabilidade, provar que não obrou com culpa. O núcleo da questão não deixa de ser a culpa. A diferença desta com a teoria subjetiva é que nesta a culpa já é presumida e dispensa prova.

Já na teoria do risco, mais que a simples dispensa da prova, dispensa-se também a existência da culpa.

Nesta teoria, nada adianta ao causador do dano provar que não agiu culposamente, pois aqui, a culpa é indiferente. Nem pode alegar culpa recíproca ou compensação pelas culpas.

8.1 RISCO SIMPLES

A teoria do risco pode ser dividida em duas espécies distintas: Risco e Risco integral. A primeira, corresponde ao risco a que a pessoa está sujeita, a tal ponto de não poder alegar que não teve culpa, mas, pode ainda fugir da responsabilidade, alegando e

provando culpa da própria vítima, caso fortuito e força maior. Não se trata de negar sua própria culpa, mas, de atribuir e provar que o fato se deu por culpa do próprio lesado.

São situações mais arrojadas, que não permitem afastar a responsabilidade pelo ato alegando ausência de culpa. Ainda que sem culpa, responde assim mesmo. Somente ficará livre se provar a culpa da vítima. Exemplifica-se com o caso do salva-vidas, que sempre responderá pelos danos à vítima, a menos que prove culpa exclusiva desta, caso fortuito ou força maior. Também é o caso da Lei nº 2.681 de 1912, art. 17, em que as estradas de ferro respondem pelos danos, apenas afastando tal responsabilidade, se provar culpa da vítima, caso fortuito ou força maior. A lei neste caso peca por falar em culpa presumida, mas, na verdade, o que não se exige é a culpa, pois o que serve de “topus” é atividade e o risco.²⁰

Tomando-se em consideração a atividade e o risco, costuma-se abrir espaço para outra divisão consistente nas teorias do risco proveito e teoria do risco criado, hipóteses apreciadas com primazia por Miguel Kfoury Neto, em dissertação de mestrado em 15/04/94, na Universidade Estadual de Londrina.²¹

Segundo disse, pela teoria do risco proveito – é justo que aquele que obtém o proveito de uma empresa, o patrão, venha a se onerar com a obrigação de indenizar os que forem vítimas de acidentes durante o trabalho; pela teoria do risco criado – pelo simples fato de agir, o homem cria riscos para os demais, por isso, deve responder em caso de dano. Como se vê, disse o autor, na teoria do risco, toda ação, gerando risco para terceiros, faz com que o agente responda por eventuais danos, independentemente de culpa.²²

²⁰ DIAS, José de Aguiar, DA RESPONSABILIDADE CIVIL, v.2, p. 180, Forense – 1979.

²¹ KFOURI NETO, Miguel, RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO, Dissertação de Mestrado – U.E.L. – p. 26.

²² KFOURI NETO, Miguel, RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO, Dissertação de Mestrado – U.E.L. – p. 26.

Conclui o autor mencionado que “Se a sua responsabilidade fundar-se no risco, então, o simples caso fortuito não o exonera.”²³

8.2. - *RISCO INTEGRAL*

O risco integral. implica em uma faceta ainda mais arrojada. Aqui, a responsabilidade do causador do dano ou daquele que deve repará-lo ainda que não seja causador do dano, está presente sempre.

É integral o risco, porque o responsável responderá pelo dano sempre. Não há como fugir desta responsabilidade simplesmente provando que não teve culpa, que a culpa é da vítima ou que ocorrerá caso fortuito ou força maior. Nada disso vale. Ocorrendo o prejuízo, este deve ser ressarcido pelo responsável em qualquer hipóteses.

Como exemplo, cita-se o caso do art. 5º, XXV, da CF, que em caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurando fica ao proprietário a indenização ulterior por dano, qualquer que seja a causa. O que importa é o dano e não a causa ou o autor do ato; é o acontecimento do fato. O órgão público será obrigado a indenizar sempre que houver dano, não importando o causador e nem a causa. O risco é integral. É total. A única defesa que tem o responsável neste caso, é provar que não houve dano ou que o dano ocorrido é de maior extensão do que a pretendida pela vítima. Fora isto, nada resta a fazer senão pagar o prejuízo sofrido pela vítima. Assim são os ensinamentos de Miguel Kfoury Neto, segundo o qual, a teoria do risco integral, estágio mais avançado, não admite qualquer prova conducente a ausência de reparação; bastará a existência do ato e seu autor, em qualquer hipótese estará obrigado ao ressarcimento.²⁴

²³ KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade Civil do Médico, Dissertação de Mestrado – U.E.L. – p. 27.

²⁴ KFOURI NETO, Miguel, Responsabilidade Civil do Médico, Dissertação de Mestrado – U.E.L.- p.26.

9 - RESPONSABILIDADE

Josserand, considera responsável aquele que efetivamente suporta um dano. Toma a responsabilidade civil no seu sentido mais amplo, tanto que abrange na qualificação de responsável o causador do dano a si mesmo.²⁵

Responsável pelos efeitos do ato ou fato danoso, há de ser aquele que lhe deu causa ou que a lei indica como sujeito aos efeitos do ato ou fato praticado por outrem. É aquele que a lei atribui o dever de responder pelo ato ou fato, praticado por si, por outrem ou até mesmo oriundo da natureza.

Ser responsável por um dano, correspondente a suportá-lo. Isto é, sujeitar-se ao prejuízo e não ter a quem se valer. Pode ser o próprio causador do dano a si mesmo e que por ter dado causa ao resultado, não pode buscar o ressarcimento através de outra pessoa. Bem como aquele que, por ação ou omissão, deu causa ao dano sofrido por outrem (art. 159, CC); ou ainda aquele eleito pela lei para suportar os prejuízos advindos de comportamento alheio ou de fato da natureza.

10 - RESPONSABILIDADE E PATRIO PODER

O pátrio poder, a par de ser poder, é também fonte de responsabilidade. não de responsabilidade civil direta por danos, como será visto mais abaixo. Inúmeros são os encargos relativos ao pátrio poder, que junto a este alia-se o dever. O descumprimento de um dos deveres inerentes ao pátrio poder pode gerar responsabilidade do titular e com isso ser o mesmo responsável diante do filho ou de terceiros que tenham sofrido prejuízo. Assim o pátrio poder não é fonte de responsabilidade civil, mas, a ação ou omissão em relação aos deveres a ele inerentes, pode sê-la.

²⁵ APUD, Aguiar Dias, op. cit. v. I, p. 19.

10 - 1 FASES EM RELAÇÃO AO PÁTRIO PODER

Várias são as fases ao longo da história que implicaram na evolução do pátrio poder:

10.1.1 – RESERVA DO PATRIO PODER AO PAI

De início, não se admitia a transferência do pátrio poder para a mãe. Em hipótese alguma a mãe poderia ser titular do pátrio poder.

Nesta etapa, o pátrio poder prolongava-se indefinidamente na pessoa do pai, qualquer que fosse a idade dos filhos.

Também os filhos não poderiam ter patrimônio próprio, separado do patrimônio do pai. Não tinham, os filhos, autonomia patrimonial.

Considerava-se o filho incapaz contrair empréstimos, aceitar doações e fazer testamentos. Até aí, a pessoa do filho não era considerada, como tal. Faltava o aspecto humanitário.

10.1.2 - PÁTRIO PODER COMO DEVER

Com a chegada do iluminismo, humanismo e cristianismo, houve uma sensível valorização humana, e o filho passou a ser tratado como ser humano.

Aquilo que de início era só direito, passou a ser um poder-dever. De um lado os pais continuavam com poder; de outro, assumiam o dever de bem cuidar dos filhos. Com isso nasceu a paternidade responsável.

10.1.3 - O EXERCÍCIO DO PÁTRIO PODER

Historicamente, o exercício do pátrio poder passou por uma evolução de época para época. Em princípio, este exercício era

concedido apenas ao pai, não sendo atribuído à mãe no direito romano.

Posteriormente, passou a ser atribuído à mãe de forma apenas subsidiária, isto é, na falta do pai.

Washington de Barros Monteiro (1977), esclarece que o direito ao pátrio poder pertence aos cônjuges em igualdade, apenas o seu exercício é que pertence ao pai durante o casamento. Quer dizer, o direito ao pátrio poder é simultâneo, mas, o exercício é sucessivo.²⁶

Por muito tempo andaram separados o pátrio poder e seu exercício. Muito embora a mãe fosse titular do pátrio poder, não poderia exercê-lo enquanto o pai existisse. Mesmo em época que já se atribuía à mãe o pátrio poder, o exercício deste era diferido para o momento em que faltasse o pai.

Hoje, a nossa ordem constitucional não mais permite esta distinção entre marido e mulher, motivo pelo qual os dois, em regra, são titulares do pátrio poder e ao mesmo tempo exercem-no conjuntamente. Somente em casos excepcionais é que poderá haver a perda do pátrio poder, mas neste caso, pode ser em relação a qualquer dos pais (pai e mãe) sempre em igualdade e sem discriminação.

II - PATERNIDADE RESPONSÁVEL

Com a elevação do pátrio poder também a dever por parte do titular deste direito, criou-se a paternidade responsável. Disso resultou no aparecimento de encargos aos pais e o dever de cumprí-los satisfatoriamente, sob pena de serem responsabilizados por esta omissão ou ação incompatível com tais deveres.

Restabeleceu-se a velha parêmia; que para cada direito há correspondente obrigações inerentes. Por um lado ficam os pais com o privilégio do direito ao pátrio poder; por outro, ficam com as obrigações (deveres) inerentes ao mesmo.

²⁶ MONTEIRO, W. Barros, Curso-Direito de Família, p. 282, 4º. ed., 1989.

O direito ao pátrio poder, por si só, não gera responsabilidade civil, mas, o desatendimento, às obrigações e encargos inerentes àquele, quando resultarem em prejuízo tanto para o filho quanto para terceiro, nasce a responsabilidade pela reparação dos danos causados.

Pelo descumprimento dos encargos, tornam-se os pais, responsáveis perante os próprios filhos, bem como perante as outras pessoas, sempre que algum prejuízo ocorra.

12 - RESPONSABILIDADE DOS PAIS

*A responsabilidade dos pais por atos dos filhos menores não sofre contestação.*²⁷

*Indubitavelmente, presume-se legalmente a responsabilidade do pai que não exerce a necessária vigilância sobre o filho.*²⁸

Em contraposição ao poder-dever, a primeira consequência é o surgimento da responsabilidade sobre a guarda, proteção e educação dos filhos.

A omissão dos deveres acima, implica em infiltração civil e penal, esta prevista nos arts. 244/247 do C.P. e aquela estruturada na obrigação alimentar. Colorário lógico e necessário da responsabilidade pelo pátrio poder é a supervisão na conduta dos filhos.

Sempre que os filhos causarem prejuízos a alguém, os pais são responsáveis pelos danos e seus patrimônios responderão pelo ressarcimento dos prejuízos causados.

A questão da responsabilidade dos pais pelos danos que os filhos causarem a terceiros está positivada no art. 1.521, I, do Código Civil.

²⁷ DIAS, José de Aguiar, A Responsabilidade Civil no Supremo Tribunal Federal, RF. 299, p. 08, Forense – Rio – outubro/ dezembro de 1982.

²⁸ LEVENHAGEM, Antônio José de Souza, Direito das Obrigações- Comentado, Atlas, S. Paulo, 1980, p. 243.

“Art. 1.521 – São também responsáveis pela reparação civil:

I – Os pais, pelos filhos menores que estiverem sob seu poder e em sua companhia”.

O art. 5º, I, CC, define como menores incapazes absolutamente, aqueles com idade inferior a 16 anos e como menores relativamente incapazes, aqueles que estiverem com idade entre 16 e 21 anos.

Percebe-se pela nossa legislação que todas as pessoas menores de 21 anos são consideradas menores. A menoridade acompanha a pessoa até completar 21 anos. A capacidade é que se altera em razão da idade (art. 5º, I e 6º, I do C.C.) e da emancipação (art. 9º, § 1º, do Cód. Civil), Mas, não a menoridade que continua até os 21 anos.

Não resta dúvida de que os pais respondem pelos danos que os filhos causem a terceiros. A discussão apenas surge na hora de analisar se esta responsabilidade é principal (direta) ou subsidiária, se é isolada ou solidária, ou ainda se é objetiva, subjetiva ou enquadrada na teoria da responsabilidade pelo risco.

Estas questões é que procuraremos abordar mais adiante, mas, sem pretensão de dar uma resposta cabal, pois o tema é de extrema controvérsia.

13 - RESPONSABILIDADE PRINCIPAL OU DIRETA

Caio Mário da Silva Pereira, (1979), entende que os pais respondem por responsabilidade própria, isolada e principal em relação a terceiros pelos danos causados por menor impúbere.²⁹

No mesmo sentido pensava Alvim Lima, que por sua vez afirmou que os pais são responsáveis pelos atos dos filhos e disse corresponder à sanção pelo exercício da guarda e educação.³⁰

²⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de Direito Civil, V.III, n° 281, p.

³⁰ LIMA, Alvim, A responsabilidade Civil pelo Fato de Outrem, 1º. ed., 1973, p. 33.

O autor, novamente volta a afirmar a responsabilidade dos pais; e disse ser esta direta quando se tratar de filho de baixa idade (infante).

Não se afastando destes, Mário Moacyr Porto engrossa a fileira, entendendo que neste caso a responsabilidade é direta do pai, que paga por dívida própria. Este autor não admite como solidária a responsabilidade do pai, nem do tutor ou curador, quando se tratar de representados absolutamente incapazes.³¹

Em outro local, afirma que “os incapazes são inimputáveis, e, como tais, não respondem pessoalmente pelos danos que causarem”³². Segundo ele, a obrigação de indenizar cabe toda inteiramente aos pais que – convém reiterar – respondem, pela sua própria culpa e não pela culpa de seu filho incapaz”.³³

Analisando a responsabilidade civil no sistema japonês, R. Limonge França, abre a possibilidade deste ter sido influenciado pelo § 828, do Código Alemão, embora com disposição diversa. O código do Japão nos arts. 712 e 714, afirma a responsabilidade do pai e afasta a do filho, quando estiver em estado de incapacidade.

Art. 712 – Se nos casos em que um menor causou prejuízo a outrem, ele não estava na posse de suficiente inteligência para entender sua responsabilidade em relação ao ato, o mesmo não estará obrigado pelos prejuízos com respeito a este ato.

Art. 714 – Uma pessoa que está obrigado, nos casos em que o incapaz não é responsável, de acordo com os dois artigos precedentes, a fazer compensação por qualquer prejuízo que a pessoa sob incapacidade tenha causado a uma terceira pessoa. Mas, isto não se implicará se a pessoa que está no dever de supervisão não negligenciou o seu dever.

³¹ PORTO, Mário Moacyr, R.T. 650/08.

³² PORTO, Mário Moacyr, RT. 617/21.

³³ PORTO, Mário Moacyr, RT. 61/22.

*Uma pessoa que tem supervisão sobre uma pessoa sob incapacidade, em lugar da pessoa que está na obrigação de supervisionar, também assumirá a responsabilidade mencionada no § precedente.*³⁴

Diz R.L. França, que no Brasil não há norma semelhante. A matéria, porém pode ser resolvida à luz das regras da parte geral concernentes à incapacidade do menor, a qual é absoluta até 16 anos e relativa dos 16 aos 21, quando então adquire a maioridade. Depois acrescenta, *entretanto, a irresponsabilidade do menor não elide a responsabilidade dos seus pais e tutores pelos danos por ele causados, o que constitui matéria por fato de outrem, a qual será tratada a seu tempo.*³⁵

Por sua vez, Carvalho Santos, deixa entender que a responsabilidade dos pais é direta e própria, sendo isolada nos casos de incapacidade absoluta; e solidária nos casos de incapacidade relativa.³⁶

Aponta neste sentido de responsabilidade própria e isolada, Pontes de Miranda (1984), ao dizer que o filho que no momento do ato ilícito não tenha aptidão para apreciar o ato que praticava, não é em princípio, responsável, salvo se tal estado provém de culpa.³⁷ Propugna pela responsabilidade direta e própria dos pais, Levenhagem (1980), ao dizer que uma interpretação conjunta dos preceitos do Código Civil e do Código de Menores, leva à conclusão da responsabilidade direta dos pais pelos atos dos filhos.³⁸

No mesmo sentido pensa Wilson Donizeti Liberato (1991), afirmando que, quando um adolescente com menos de 16 for considerado culpado e obrigado a reparar o dano causado, em

³⁴ art. 714, Cod. Japonês – trad. R.L. França – RT.610/29.

³⁵ LIMONGI, Francisco R., RF. 610/27.

³⁶ SANTOS, J. M. de Carvalho, C.C. Brasileiro Interpretado, v. XX, P. 214, Freitas Bastos. Rio de Janeiro, 1986.

³⁷ PONTES DE MIRANDA, J.C., Tratado de Direito Privado, tomo LIII, p.136, ed. RT – São Paulo, 1984.

³⁸ LEVENHAGEM, op. cit. loc. cit.

virtude de sentença definitiva, a responsabilidade dessa compensação caberá exclusivamente aos pais ou ao responsável.³⁹ Na mesma trilha ensina Carlos Roberto Gonçalves, ao dizer que o menor tendo menos de 16 anos, somente o pai é responsável.⁴⁰

Não concordamos com as posições de exclusividade e de responsabilidade isolada dos pais ou do responsável, mas concordamos com a responsabilidade direta e principal, sem subsidiariedade dos pais ou responsáveis, na forma da lei. Direta e principal, mas, não isolada e nem exclusiva, a responsabilidade dos pais, pois pensamos que, no caso, haverá solidariedade, como será visto mais à frente.

14 - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE PAIS E FILHOS

Silvio Rodrigues (1975), reconhece como solidária a responsabilidade dos pais no caso do art. 1.521 do Código Civil.

Também entende ser caso de responsabilidade solidária, quando se tratar de filhos de 16 e abaixo de 21 anos, Wilson Liberati (1991), em relação aos atos praticados por estes.⁴¹

Jason Albergaria (1991), parece não haver enfrentado diretamente a questão, mas, pelo que expôs deixou entender-se que optou pelo entendimento de que o menor também responde pelos danos, quando assim expõe:

O art. 116 do Estatuto prevê a obrigação de reparar o dano nos delitos contra o patrimônio. Também esta medida visa um fim educativo. Tanto a restituição material como a indenização do dano objetivam despertar e desenvolver o senso de responsabilidade do menor em face do outro e do que é seu. Ensina, essa medida, ao menor dominar seu

³⁹ LIBERATI, Wilson Donizeti, O Estatuto da Criança E Do Adolescente, p. 59, IBPS-DF - 1991.

⁴⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto, op. cit. p. 22.

⁴¹ LIBERATI, Wilson Donizeti, O Estatuto da Criança e do Adolescente, p. 59, IBPS - DF - 1991.

*sentimento de cobiça e orgânica, em face das consequências do ilícito.*⁴²

Carlos Roberto Gonçalves, entende que, em se tratando de menor com idade entre 16 e 21 anos, a responsabilidade dos pais é solidária, podendo a vítima demandar tanto ao pai quanto ao filho ou outros conjuntamente.⁴³

Na visão de Silvio Rodrigues (1975), a idéia de responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos se inspira naquele anseio de se assegurar à vítima do dano causado por pessoa menor, a garantia de ressarcimento. Como o menor, ordinariamente, não conta com recursos próprios, o fato de se atribuir a responsabilidade solidária a seus progenitores aumenta a possibilidade da vítima receber a indenização.⁴⁴

Parece-nos não restar dúvida de que a responsabilidade pelo ato dos filhos será sempre solidária, mesmo porque, existe norma expressa neste sentido, como se vê no art. 1.518, § único do Código Civil.

O *caput* do art. 1.518 do Código Civil, afirma que os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado. Se tiver mais de um autor da ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação. Aqui fala-se na autoria do dano e que este autor é sempre responsável por isso. Já o § único, afirma que são solidariamente responsáveis com os autores os cúmplices e as pessoas designadas no art. 1.521.

A solidariedade entre pai e filho está afirmada no “caput” de forma implícita ao dizer a norma que o autor do ato responde com os seus bens, não deixa de ser responsável. Completa-se, este entendimento, o § único, ao dizer com todas as letras, serem solidariamente responsáveis, com o autor do ato, as pessoas mencionadas no art. 1.521 do mesmo Código Civil.

⁴² ALBERGARIA, Jason, Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente, p. 123, AIDE – Rio, 1991.

⁴³ GONÇALVES, Carlos Roberto, op. cit. p. 22.

⁴⁴ RODRIGUES, Silvio, Direito Civil, Vol. 4, p. 69, 4ª ed.

Entendo que a responsabilidade pelo ato praticado pelo menor, seja ele púbere ou impúbere, implica em responsabilidade do mesmo e que este tenha a guarda e o dever de vigilância sobre o filho.

Também no art. 1.524, parece-me endossar esta opinião, pois afirma que sendo o caso ascendente pagar por dano causado pelo descendente, não poderá reaver o que pagou.

Ora, não podendo utilizar da via regressiva, é porque responde também por obrigação própria e por isso solidária com menor, O que diz o art. 1.524 é que o ascendente que pagou (por inteiro), mas não excluiu a aplicação do art. 913, do mesmo diploma.

15 - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

Falamos que na legislação vigente há solidariedade entre pais e filhos pelos danos causados por estes.

Entretanto, o projeto de lei nº 634-B, de 1975 que cuida do futuro Código Civil, em seu art. 930 refere-se à subsidiariedade.

Art. 930 – O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de o fazer ou não dispuserem de meios suficientes.

Penso que esta previsão de subsidiariedade afasta a solidariedade até então vigente. Os pais responderão em primeiro lugar e somente quando estes não puderem ser responsabilizados é que o menor causador do dano entra em cena e passa a ser o responsável subsidiariamente.

O incapaz continua a responder, mas será apenas subsidiariamente, caso persista a redação do projeto.

Interessante caso de subsidiariedade encontramos na legislação italiana, que, em princípio, o menor inimputável não responde pelas consequências do fato danoso. A reparação deve ser feita pela pessoa encarregada da sua vigilância. No entanto, se esta pessoa não possuir recursos, o art. 1.047, em seu § 2º, prevê que o juiz, considerando a condição econômica das partes, condene o

autor do dano de uma indenização equitativa, conforme noticiou Munir Karan.⁴⁵

A legislação portuguesa também contempla a responsabilidade subsidiária no art. 489, do Código Civil, conforme afirmação de Munir Karan, que de passagem deixou esta expressão.” Mas, se não for possível obter a reparação por parte das pessoas a quem toca a vigilância do inimputável, o novo código (art. 489) admite que o autor do dano seja condenado a indenizar total ou parcialmente o lesado, por razões de equidade”.⁴⁶

A atual legislação brasileira, como restou anotado, adotou a responsabilidade solidária dos pais em relação aos danos causados pelos filhos sob sua guarda. Todavia, o art. 156 do Código Civil, ao equiparar o menor entre 16 e 21 anos aos maiores, gerou entendimentos diferenciados. Para alguns, os pais não mais respondem pelos filhos desta idade,⁴⁷ enquanto quanto que, para outros, a responsabilidade continua a existir, mas de forma subsidiária. Anotou Munir Karan, que : “o art. 156 do CC. tendo equiparado o menor entre 16 e 21 ao maior, enquanto às obrigações resultantes de atos ilícitos, não exclui a responsabilidade dos pais, embora subsidiária.”⁴⁸

Não concordamos com esta subsidiariedade propalada. Em nosso entender, a responsabilidade solidária é a que mais se adequa ao caso em análise. O direito moderno deve evitar sempre que possível a subsidiariedade, pois o que mais interessa é a satisfação do dano causado e isto melhor se dará com a possibilidade da vítima do dano buscar reparação junto ao causador direto ou seu responsável de forma solidária. Quanto mais rápido e de forma mais simples se der a reparação do dano, melhor.

⁴⁵ Enc. Saraiva de Direito, cit. p. 395-396.

⁴⁶ - op.cit. 397.

⁴⁷ - GOMES, Orlando ,Obrigações, cit. p. 358.

⁴⁸ - op. cit. 397.

16 - FILHOS IMPÚBERES

Em relação aos filhos impúberes, existe farta divergência doutrinária.

De um lado posicionam-se aqueles que entendem que os pais não devem responder pelos atos dos filhos impúberes: de outro, aqueles que apregoam a responsabilidade dos pais, mesmo nos casos de filhos impúberes ou absolutamente incapazes.

No dizer de Silvio Rodrigues (1975: 69): “Poder-se-ia dizer que neste campo se antepõem duas tendências opostas: uma ampliativa da responsabilidade, tendo em vista a preocupação de dar segurança à vítima do dano causado pelo menor; outra, restritiva, preocupada com a idéia de proteger os pais do menor; pois nem sempre lhes é fácil controlar o filho, impedindo-o de praticar atos geradores de responsabilidade”.⁴⁹

16.1 CORRENTE NEGATIVISTA

Existem aqueles que entendem que o incapaz absoluto não tem possibilidade de manifestar a sua vontade e por isso não pode agir com culpa ou dolo, elementos necessários da obrigação de indenizar. Acresce-se que não agindo o impúbere com culpa, também seus pais não serão responsabilizados.

Orlando Gomes aponta os fundamentos básicos desta corrente que, segundo ela, para alguém cometer ato ilícito, precisa ter discernimento; e para responder pela reparação civil, ter praticado ato culposos. Conseqüentemente, se o menor não tem capacidade de querer e entender, não incorre em culpa, o que significa idoneidade para praticar ato ilícito. Ora, se a responsabilidade do pai pressupõe a prática de ato ilícito pelo filho, isto é, ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, é lógico que não há responsabilidade paterna enquanto o filho não tiver capacidade de discernimento. Um menor de quatro anos não sabe o que faz.

⁴⁹ - RODRIGUES, Silvio, Direito Civil, vol. 4, p. 69, Saraiva, S. Paulo, 1975.

Se a outrem causa danos, não pode dizer que agiu culposamente; se não há culpa, ato ilícito não praticou; se não cometeu ato ilícito, o pai não responde pela reparação do dano, porque a responsabilidade indireta supõe a ilicitude no ato de quem causa o prejuízo.⁵⁰

O mesmo autor reconhece que este raciocínio, apesar de lógico, não encontra respaldo na prática. Hoje no Brasil é vencedor o ponto de vista contrário, como será visto a seguir.

16.2 CORRENTE AFIRMATIVISTA

Esta corrente aceita e apropala a responsabilidade dos pais pelos danos causados a terceiro pelos filhos impúberes.

Entre outros, está Orlando Gomes (1978), que sustenta posição no sentido de que os pais somente respondem em relação aos menores impúberes e não em relação aos púberes que, segundo ele, estão equiparados aos maiores, pelo art. 156 do Código Civil.⁵¹

Por sua vez, Silvio Rodrigues (1975; 72) entende no sentido afirmativista ao dispor que, se infante causou dano a outrem, as pessoas por ele responsáveis devem ser compelidas a indenizar. E no caso, as pessoas por ele responsáveis são os pais.⁵²

Posição interessante foi a adotada por Alvino Lima (1973), que apesar de distinguir os menores de pouca idade a quem não se pode imputar comportamento culposos e os menores com capacidade de querer entender-se. Aos primeiros, disse não serem eles responsáveis, mas seus pais o serão e responderão por eles de forma direta. Enquanto que, em relação aos últimos, são eles responsáveis diretos e seus pais apenas indiretamente.⁵³

⁵⁰ - GOMES, Orlando, Obrigações, p. 359, 5ª ed. – Forense, Rio, 1978.

⁵¹ - GOMES, Orlando, Obrigações, p. 356, Forense – 1978 – Rio.

⁵² - RODRIGUES, Silvio, Direito Civil, cit. p. 72.

⁵³ - LIMA, Alvino, A Responsabilidade Civil Pelo Fato de Outrem, 1ª ed. - Rio de Janeiro – Forense, 1973.

Silvio Rodrigues, discordando da corrente negativista, afirma que é injusta qualquer restrição em relação à responsabilidade dos pais. A restrição representa uma limitação injusta, diz o professor da Universidade de São Paulo, os pais, por isso que geraram os filhos, devem responder pelos atos danosos por estes praticados objetivamente; quer tenham culpa quer não, enquanto os tiverem sob pátrio poder.⁵⁴

Segue esta trilha Arnaldo Wald, ao afirmar que têm legitimidade passiva as pessoas que causaram o dano ou que deveriam, pela sua fiscalização (culpa *in vigilando*) ou boa escolha (culpa *in eligendo*) evitar que o dano fosse causado. Os arts. 1.521 a 1.527, consideram co-responsáveis os representantes legais do direito de família (pais tutores ou curadores) por danos causados pelos filhos tutelados ou curatelados que estejam sob seu poder e na sua companhia, dos comitentes.⁵⁵

Negando a responsabilidade dos absolutamente incapazes para responder pelos seus próprios atos, Caio Mário da Silva Pereira (1981:502/503) afirma que aos pais cabe a reparação dos danos causados pelos filhos. Para este autor, os pais respondem pelo procedimento dos filhos menores que se acham em seu poder e companhia. Diz tratar-se de cumprimento do dever de dirigir-lhes a educação e velar pelos seus atos, o que equivale a responsabilidade civil pelos danos que eventualmente os filhos venham ocasionar a terceiro. Implica no dever de impedir que os filhos sob sua responsabilidade ofendam bens jurídicos alheios, bem como de indenizar a vítima. Diz, afinal, que enquanto absolutamente incapaz, o menor é pessoalmente irresponsável e, de conseguinte, a reparação incumbe exclusivamente aos pais. Se é relativamente incapaz, suporta pessoalmente as conseqüências dos seus atos e, então a responsabilidade imposta ao pai não

⁵⁴ - RODRIGUES, Silvio, op. cit. p. 73.

⁵⁵ - WALD, Arnaldo, Curso de Direito Civil Brasileiro – Obrigações e Contratos, p. 408, Revista dos Tribunais, S.Paulo, 1975.

exclui a própria, caso em que os bens dele (menor) ficam sujeitos à reparação do dano.⁵⁶

“Se o menor não tiver ainda atingido aos 16 anos, a responsabilidade será, somente, dos pais, porque a falta de discernimento do filho o exime de toda culpa, e mais atento e constante deve ser, nesta quadra, o desvelo dos pais”.⁵⁷

É a posição adotada por Mário Moacyr Porto, que ao negar a solidariedade entre os pais e o menor causador do dano, afirma a responsabilidade unicamente dos primeiros em relação aos danos causados pelo último. Diz o emérito jurista, oportuno registrar que entre os pais e o menor impúbere não há obrigação solidária resultante de dano. A obrigação de indenizar cabe toda inteira, aos pais que – convém reiterar – respondem pela sua própria culpa, e não pela “culpa” do seu filho incapaz. Pagam por dívida própria, e não dívida de seu filho”.⁵⁸

Pontes de Miranda, por sua vez, entende que existe responsabilidade dos pais pelos atos do incapaz, abraçando a teoria da repartição objetiva dos danos, que, sendo ele, permite a responsabilização da pessoa com o dever de vigilância.⁵⁹

Na França, como aqui entre nós no Brasil, coincidem a respeito os mesmos pontos-de-vista, ressalvadas algumas esporádicas distinções. Assim é que Roger Nelson, Professor de Grenoble, opina que “pouco importa que o menor seja ou não capaz de discernimento. Os pais são “a Fortiori” presumidos responsáveis quando o menor é inimputável, pois é justamente nessa faixa etária que o dever de vigilância incumbe particularmente aos representantes.”⁶⁰

⁵⁶ - PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de Direito Civil, vol. III, p. 503, Forense – Rio, 1981.

⁵⁷ - BEVILÁQUA, Clóvis, Código Civil, vol. 5, p. 231.

⁵⁸ - PORTO, Mário Moacyr, O Ocaso da Culpa como Fundamento da Responsabilidade Civil, RT 617:22.

⁵⁹ - PONTES de Miranda, F. C. Tratado cit., tomo LIII, p. 173.

⁶⁰ - PONTES de Miranda, F.C. tratado cit., tomo LIII, p. 173.

No Japão, a questão é vista no mesmo sentido, quando o filho for incapaz haverá a responsabilidade dos pais sempre que aquele estiver sob sua guarda. Assim é que o art. 714 do Código Civil Japonês, dispõe que uma pessoa que está no dever de supervisionar alguém sob incapacidade, está obrigada, nos casos em que o incapaz não é responsável, de acordo com os dois artigos precedentes, a fazer compensação por qualquer prejuízo que a pessoa sob incapacidade tenha causado a uma terceira pessoa.⁶¹

Reconhece a responsabilidade dos pais pelos atos danosos causados a outrem. José de Aguiar Dias (1979), afirmando que esta responsabilidade decorre dos deveres do pátrio poder, não dependendo de ser ou não imputável o filho.⁶²

Pontes de Miranda (1984), ao nosso ver com acerto, admite a responsabilidade do menor impúbere (incapaz) e também a de seu responsável, que em regra são os pais.⁶³

Assim também pensa R. Limongi França (1986) ao firmar que, a responsabilidade do menor não elide a responsabilidade dos seus pais e tutores pelos danos por eles causados, o que constitui matéria de responsabilidade por fato de outrem.⁶⁴

17 - FILHOS PÚBERES

A exemplo do que ocorre com os filhos impúberes que são absolutamente irresponsáveis, em relação aos púberes que são, em regra, relativamente capazes, a divergência perdura quando o assunto é a responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos.

Há quem sustenta a responsabilidade dos pais pelos filhos enquanto menores qualquer que seja a sua idade. Mas, por outro lado, existem aqueles que entendem que os pais não mais

⁶¹ - Apud R. L. França – RT. 610/29.

⁶² - DIAS, José de Aguiar, Da Responsabilidade Civil, vol. 02 p. 180 – Forense – Rio, 1979.

⁶³ - Tratado de direito privado, vol. 53, p. 124, Revista dos Tribunais – S. Paulo, 1984.

⁶⁴ - RT. 610/27.

respondem pelos danos causados por filhos relativamente capazes ou púberes, cuja faixa etária é demarcada entre 16 e 21 anos de idade.

17.1 CORRENTE NEGATIVISTA

Orlando Gomes (1978: 358) incorpora nesta corrente e nega a responsabilidade dos pais em relação aos filhos em idade entre 16 e 21 anos.

Diz o autor que, entre nós, a menoridade cessa aos 21 anos. Até que o filho complete esta idade, por ele responderia o pai, mas o Código Civil pátrio dispõe no art. 156 que o menor entre 16 e 21 anos equipara-se ao maior quando às obrigações resultantes de atos ilícitos, em que for culpado. atribui-lhe capacidade delitual. Assim sendo, não procede a opinião difundida de que, não obstante esta maioridade por equiparação legal, o pai continua responsável pelo filho quanto a estas obrigações. Decerto continua sob seu poder e até em sua companhia, mas, evidentemente, o menor que completa 18 anos e adquire a maioridade trabalhista inverte-se no direito eleitoral e se torna plenamente capaz para o efeito de alistamento e sorteio militar, tem uma liberdade de movimento que não permite ao pai o exercício do dever de vigilância, tal como deve ser compreendido segundo o conceito lato que dão os autores modernos. Desconhecer a impossibilidade de cumpri-lo é colocar-se fora da realidade, obrigando alguém a reparar o dano causado por outrem, sem que, em verdade, a ele possa atribuir, na maioria dos casos, o mais leve resquício de culpa.⁶⁵

17.2 CORRENTE AFIRMATIVISTA

Em posição contrária à abordada no número anterior, aqui temos a mais forte expressão do pensamento jurídico,

⁶⁵ - GOMES, orlando, op. cit. p. 358.

reconhecendo a responsabilidade dos pais pelos atos praticados pelos menores púberes, ou seja, os relativamente incapazes.

Silvio Rodrigues (1975), grande seguidor desta corrente, afirma que a idéia de responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos se inspira naquele anseio de assegurar à vítima do dano causado por pessoa menor, a garantia de ressarcimento. Como o menor, ordinariamente, não conta com recursos próprios, o fato de se atribuir a responsabilidade solidária a seus progenitores aumenta a possibilidade da vítima receber indenização.⁶⁶

Ao seu tempo, Alvino Lima (1973) já proclamava a responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos, fossem estes púberes ou impúberes. “Temos, portanto, duas situações diversas, disse o mestre; o fato do infans irresponsável à vista de sua incapacidade natural, e o fato do menor com capacidade natural de entender e querer, e, conseqüentemente, responsável em conseqüência da culpa cometida. No primeiro caso domina completamente o princípio da irresponsabilidade do menor de baixa idade, em virtude da ausência de culpa. Surge, então, como responsável pelo fato do infans, o seu genitor, sob cuja guarda ele se encontra, mas, responsabilidade decorrente de sua própria culpa, embora sob presunção, por negligência na devida fiscalização do menor. – A responsabilidade do genitor pelas conseqüências ilegais e danosas dos atos praticados pelos seus filhos menores de baixa idade (infans) é uma responsabilidade direta, resultante da negligência na vigilância do incapaz, ou de exclusiva culpa do genitor, conseqüentemente sem recurso pessoal contra o filho menor. Tratando-se, porém, de fato praticado pelo filho menor com capacidade de querer e de entender, uma vez verificada a sua culpa, surge a sua responsabilidade direta, e automaticamente, por atribuição jurídica, a responsabilidade indireta do genitor, cuja culpa se presume *juris tantum*.⁶⁷

Assim também pensa Maria Helena Diniz (1993), conforme seus ensinamentos, os pais respondem isoladamente pelos danos

⁶⁶ - RODRIGUES, Silvio, Direito Civil, cit. p. 69.

⁶⁷ - LIMA, Alvino, op. cit. p. 41.

causados pelos filhos absolutamente incapazes e solidariamente quando o ato praticado por relativamente capaz. Para ela, a responsabilidade paterna, como decorrente que é dos deveres do pátrio poder, não depende de ser imputável o filho. Assim, em nada influi que o menor de mais de 16, nos termos do art. 256 do Código Civil, esteja, para efeito de ato ilícito, equiparado ao maior, ou, até, que esteja emancipando, por ato do pai. “A responsabilidade dos pais, como afirma, será isolada se o filho tiver menos de 16 anos e solidária se tiver mais que essa idade.”⁶⁸

Não se pode distinguir, quando se trata de menor, se é púbere ou impúbere, relativa ou absolutamente incapaz, para verificar a responsabilidade paterna, como decorrente que é dos deveres do pátrio poder, não depende de ser ou não imputável o filho. Assim, em nada influi que o menor de mais de 16 anos, nos termos do art. 156 do Código Civil esteja, para efeito de ato ilícito, equiparado ao maior”.⁶⁹

A equiparação do menor ao maior quando tiver idade entre 16 e 21 anos, quando às obrigações resultantes de atos ilícitos serve tão-somente para indicar que nesta faixa etária, o menor já pode agir com discernimento e sua responsabilidade existirá independentemente da responsabilidade do pai. Todavia, não quer dizer que seja causa de exclusão da responsabilidade do pai. Entretanto, outras circunstâncias especiais poderão excluir a responsabilidade dos pais e permanecer somente a do filho.

Observou Carlos Roberto Gonçalves, (1979), que se o filho tiver idade entre 16 e 21 anos, e tiver bens, poderá ser também responsabilizado, solidariamente com o pai ou sozinho.⁷⁰

⁶⁸ - DINIZ, Maria Helena, Curso de Direito Civil Brasileiro, vol. 7, p. 357, Saraiva – S. Paulo-1993.

⁶⁹ - DIAS, José de Aguiar, op. cit. p. 180.

⁷⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto, Responsabilidade Civil, p. 23, Seleções Jurídicas Ltda., Marília – SP, 1979.

18 - FILHOS EMANCIPADOS

Longe está de ser pacificada a matéria relacionada à responsabilidade dos pais, em relação a atos dos filhos emancipados.

Existem aqueles que não admitem que os pais possam ser responsabilizados por atos danosos causados pelos filhos nesta situação.

Para outros, os pais podem ser responsabilizados, desde que se observe a causa da emancipação. Afirmam que em se tratando de emancipação voluntária dos pais, estes continuarão a responder pelos atos danosos dos filhos. Caso seja a emancipação legal, da qual não teve participação direta o pai, esse não responderá pelos danos que aquele possa causar.

Persistem ainda aqueles que entendem que os pais responderão, ainda que o filho esteja emancipado sem se distinguir a forma em que obteve a emancipação.

A matéria é recheada de divergência exige alguma análise para chegar-se, ao final à alguma conclusão.

18.1 EMANCIPAÇÃO

A emancipação é a figura ligada à capacidade. Pela emancipação a pessoa que era incapaz, passa a ser capaz de gerir os seus próprios negócios.

Regra geral é que a emancipação civil da pessoa natural, se dá com a chegada da maioridade. É a chamada emancipação natural. (art. 9 do Código Civil).

Não obstante isto, existem outras formas de emancipação que nada atinge a maioridade e que pode ser concedida diretamente pelos pais (art. 9, § 1º, inciso I, do Código Civil) e aquelas obtidas de forma indireta (art. 9, § I, incisos II, III, IV e V, do Código Civil). Estas formas foram consideradas, por Antônio José

de Souza Levenhagem (1980), como expressa e tácita. Expressa a primeira e tácita as demais.⁷¹

Separando a maioridade da emancipação, o autor esclarece. É de distinguir-se, desse modo, maioridade de emancipação. A maioridade é alcançada aos 21 anos completos e com ela a pessoa adquire, concomitantemente, a emancipação. Por outro lado, a pessoa pode alcançar a emancipação sem que haja atingido a maioridade, e isso, se dá nas circunstâncias previstas no § 1º, do art. 9.

Assim sendo, de modo geral pode dizer-se, que toda pessoa maior é também emancipada, mas nem todas as emancipadas são necessariamente, pessoas que atingiram a maioridade.

Portanto, não é de confundir-se emancipação com maioridade. A mulher que casa aos 16 anos, por exemplo, emancipa-se, não poderá, entretanto, concorrer a um concurso público para o qual um dos requisitos seja a maioridade.⁷²

Pensamos que a maioridade e a emancipação não se confundem. Ao mesmo tempo em que um menor pode ser emancipado, um maior pode não sê-lo, por faltar-lhe capacidade, como se dá com os loucos, etc. Estes, apesar de serem maiores, são incapazes.

Assim, a emancipação está ligada à capacidade mas não à maioridade. A maioridade é apenas uma das formas de emancipação e ocorre sem a participação direta ou indireta dos pais. Queiram ou não queiram, atuem ou não atuem os pais, a maioridade implica em emancipação.

O emancipado menor, torna-se, por isso, capaz de gerir os seus próprios negócios e praticar os atos de seu interesse sem assistência dos pais, mas não se torna maior pelo simples fato da emancipação antes dos 21 anos de idade.

⁷¹ - LEVENHAGEM, Antônio José de Souza, Código Civil Comentado p. 36, atlas, S.Paulo - 1986.

⁷² - idem, idem p. 36.

Visto desta forma, pode-se dizer que maioria implica em emancipação, mas, esta não implica naquela. Mesmo emancipado, a pessoa continua menor até a idade prevista em lei e que no Brasil ainda é fixada em 21 anos. (art. 9 do Código Civil).

18.2 FORMAS DE EMANCIPAÇÃO

Em verdade, toda forma de emancipação é legal, pois sem lei prevendo a emancipação esta não poderia ocorrer. Não obstante isto, para fins didáticos, consideramos emancipação voluntária aquela em que os pais diretamente atuam na manifestação de vontade e de forma expressa concedem aos filhos a emancipação. Chamamos de emancipação legal, aquela oriunda de outras situações previstas em lei, em que os pais não expressam a vontade de emancipar o filho, mas isto se dá de forma indireta, como nos casos de concessão de autorização para casamento, matrícula e acompanhamento até conclusão de curso superior, pelo encaminhamento ao emprego público ou pelo fornecimento de meios para que o filho possa ter economia própria e se estabeleça comercialmente.

Nestas últimas hipóteses, haverá a participação dos pais, mas isto se dá de forma indireta ou tácita, sem a expressa manifestação de vontade, hipótese esta que será vista no item seguinte.

Pela simples razão da emancipação se dar em hipóteses diferenciadas, ora por expressa manifestação de vontade (voluntária) ora sem esta manifestação expressa (emancipação legal) a doutrina abriu-se em duas correntes, sendo uma que afirma a responsabilidade dos pais em qualquer hipótese, outra que só admite a responsabilidade dos pais, no caso de emancipação voluntária e ainda uma outra que inadmite a responsabilidade dos pais em qualquer hipóteses, como serão vistas a seguir.

18.2.1. IRRESPONSABILIDADE DOS PAIS PELO EMANCIPADO

Pela irresponsabilidade dos pais em relação aos danos causados pelos filhos emancipados, já pronunciaram vários autores de alta respeitabilidade.

Entre eles, cita-se o grande Orlando Gomes, (1978) que manifesta sua estranheza pela tese diversa ao expor: “Mais estranhável ainda a opinião de que o pai responde pelos atos ilícitos do filho emancipado. Para todos os efeitos, a emancipação equivale à maioridade. É apenas o processo de antecipá-la. Não é possível assim, sustentar que persiste a responsabilidade do pai. Até porque tal opinião esbarra com um obstáculo intransponível, que é a lei. Segundo o disposto no art. 1521, inciso I, o pai responde pelo filho menor que estiver sob seu poder, e a emancipação e, precisamente, a liberação antecipada desse poder.”⁷³

Esse autor não faz distinção entre as formas de emancipação, firmando sua posição no sentido de que os pais não respondem pelos filhos emancipados, quaisquer que sejam as causas da emancipação.

A este pensamento, parece-nos, filiar-se, José de Aguiar Dias (1979), que muito embora não tenha aprofundado no tema, deixou clara a impressão de que “a responsabilidade dos pais cessa com a emancipação”.⁷⁴

Criticando julgamento do STF, que admitiu a responsabilidade dos pais pelos danos causados pelo filho emancipado, Mário Moacyr Porto (1987), disse que se a responsabilidade dos pais é decorrência do pátrio poder, de vez que o dever de educação e vigilância deste dever decorre, como pretender-se que, existindo o pátrio poder pela emancipação, sobreviva a responsabilidade presumida dos pais? Observa, o autor que o art. 482, alínea 2, do Código Civil Francês, conforme redação dada pela lei de

⁷³ - GOMES, Orlando, op. cit. p. 359.

⁷⁴ - op. cit. p. 180.

14.12.64, exclui, expressamente, a responsabilidade dos pais pelos danos causados a terceiros, pelos seus filhos emancipados, e no mesmo sentido, afirma dispor o art. 2.048 do Código Italiano.⁷⁵

18.2.2. IRRESPONSABILIDADE EM ALGUNS CASOS

Alguns autores admitem a responsabilidade dos pais em relação aos filhos menores emancipados em alguns casos apenas. Separam os casos de emancipação voluntária e expressa (art. 9, § 1º, inciso I, do Código Civil), dos demais casos em que a emancipação se dá sem a participação direta e expressa dos pais (art. 9, § 1º, incisos II a V, do Cód. Civil). Com separação, afirmam que no primeiro persistirá a responsabilidade dos pais. Nos demais, não.

Segue esta linha de entendimento, Maria Helena Diniz (1973) que afirmou entender que só se poderá admitir a responsabilidade solidária do pai se tratar de emancipação voluntária. Desta forma, os pais não responderiam por ato do filho emancipado pelo casamento, ou por outras causas arroladas no art. 9, § 1º do Código Civil.⁷⁶

Noticia José Aguiar Dias (1979) que Sourdat (1902) defendia a distinção entre a emancipação direta e voluntária e a emancipação pelo casamento, sendo que neste último caso desapareceria a responsabilidade.⁷⁷

Neste sentido, vê-se a lição de Ulderico Pires dos Santos (1984) discorrendo sobre a matéria, de que o “fato de os filhos haverem ultrapassado a idade limite de 16 anos, não desonera os pais de responderem solidariamente pelos atos ilícitos por eles praticados, não importando, para esse efeito, que os pais os hajam emancipado por leviandade ou interesse outros, se tudo indicava

⁷⁵ - PORTO, Mário Moacyr, *O Ocaso da Culpa como Fundamento da Responsabilidade Civil*, in RT. 617, p. 22, Revista dos Tribunais, S. Paulo – março de 1987.

⁷⁶ - Diniz, Maria Helena, op. cit. p. 357-358.

⁷⁷ - DIAS, José de Aguiar, op. cit. p. 181.

que sua falta de maturidade e pouca responsabilidade não aconselhava a emancipação. Ainda é este mesmo autor quem afirma que, em se tratando de culpa aquiliana, o dever dos pais de menor de 21 anos emerge do ônus que lhe impõe o pátrio poder, pois até a maioridade legal, e não a adquirida pela emancipação, cabem-lhes a guarda, a proteção incessante.⁷⁸

Também no VIII encontro nacional de Tribunais de Alçada, foi aprovadas por unanimidade a proposição que dispôs que a emancipação que os pais concedem aos filhos não importa exoneração da sua responsabilidade pelos atos ilícitos que estes praticam, até completarem vinte e um anos de idade, continuando em seu poder e em sua companhia.⁷⁹

Esta corrente afirma a responsabilidade dos pais somente para os casos de emancipação voluntária e direta dos pais, na qual estes tomam a iniciativa e expressamente emancipam o filho. Nega responsabilidade dos pais para os demais casos.

Em verdade não vemos muita utilidade nessa separação. O que resulta na responsabilidade dos pais não é o filho ser ou não emancipado, mas a situação de submissão e vigência dos pais. Ora, se o menor apesar de ser emancipado, continuar submisso e sob a vigilância dos pais, estes responderão pelos danos que o filho vier a causar a terceiros. Mas isso, nada tem a ver com a emancipação. Diferentemente, tem a ver com a submissão e vigilância em relação aos pais.

De outro modo, os casos previstos nos incisos II a V do art. 9, § 1º, do Cód. Civil, demonstram pelas próprias causas que provocam a emancipação que o emancipado, em regra, deixa de ser submisso aos pais e afastam de seu dever e de vigilância. É que se dá com o casamento em que o emancipado constitui nova família e passa a geri-la. Daí, surge a incompatibilidade entre gerir, de um lado, a nova família, ser responsável por outra e pelos filhos que, eventualmente surjam, e de outro, permanecer

⁷⁸ - SANTOS, Ulderico Pires dos, *A Responsabilidade Civil na Doutrina e na Jurisprudência*, p. 116, Forense – Rio, 1984.

⁷⁹ - *Revista dos Julgados do Tribunal de Alçada Civil de Minas Gerais*, vol. 44, p. 225, Del Rey – Belo Horizonte outubro/ dezembro de 1990.

sendo gerido pelos pais. Logo, não é a emancipação, por si, que afasta a responsabilidade dos pais, mas a situação de independência familiar do emancipado pelo casamento.

O mesmo se dá para os casos de assunção de cargo ou emprego público, visto que um dos pressupostos para o exercício destes é autonomia e completa independência em relação a outras pessoas. Segue-se, o mesmo raciocínio para aqueles que colam grau de ensino superior, em grau científico, pois a aquisição a este grau é incompatível com a submissão dos pais. Com maior razão será independente dos pais, aquele que estabelece com recursos próprios. Não servem, os casos em que os pais simuladamente fornecem os recursos para o filho, quando então os pais continuam a responder pelos danos causados pelos filhos, ainda que estabelecidos.

Carvalho Santos, também deixou sua lição neste sentido, ao dizer que em relação ao menor emancipado é preciso fazer a distinção entre a emancipação tácita, determinada pelo casamento em que a responsabilidade dos pais, porque se trata de filho, torna-se ele próprio chefe de família e, em sendo mulher, pelo casamento passa à autoridade do marido. Agora, se a emancipação é expressa, outra é a consequência, pois a emancipação de um menor que se revela indigno da concessão que lhe for outorgada é, no fim de contas, um ato inconsiderado e aos pais não se pode reconhecer o direito de exonerar-se por esta forma da responsabilidade que a lei lhe impõe.⁸⁰

Importante é a lição de Munir Karam, para quem o ato voluntário da emancipação deve corresponder à realidade dos fatos. Se o filho emancipado continua a viver na companhia dos pais, a eles depender, a seguir suas ordens, a viver às suas expensas, torna-se evidente que a emancipação se realizou apenas no plano formal, sem suporte fático. De igual modo, se o filho não possui ainda maturidade suficiente, segurança no seu comportamento, não se mostra capaz de gerir os seus atos na vida

⁸⁰ CARVALHO, Santo, J.M., Código Civil Brasileiro Interpretado, 11ª edição, p. 216, Livraria Freitas Bastos S.A. – Rio, 1986.

civil, tem-se que a emancipação foi um ato irrefletido. O filho continua dependentemente dos pais e sob seu poder. Este tipo de emancipação, não pode produzir efeitos liberatórios da responsabilidade do pai em relação aos atos danosos do filho.⁸¹

Vê-se pois, que não é a situação de emancipação civil quem vai ditar a responsabilidade ou não responsabilidade dos pais. Será a situação fática, que demonstrará a real submissão e sujeição à vigilância e responsabilidade dos pais. Ressurge-se daí, que a emancipação por si mesmo, não serve para alterar a possibilidade dos pais serem ou não responsáveis. Somente a situação de desvinculamento da sujeição e vigilância dos pais é que afastará a responsabilidade dos pais, sejam ou não emancipados os filhos e se emancipados, indiferentemente será a forma dessa emancipação.

18.2.3. RESPONSABILIDADE DOS PAIS PELOS EMANCIPADOS

Por fim uma outra posição é encontrada no sentido de que a emancipação não torna a pessoa maior.

A maioridade é uma das formas de emancipação, mas não é que a emancipação leve à maioridade. Assim, o menor, ainda que emancipado, continua a ser menor até atingir a maioridade, Quer isto dizer, que a maioridade e emancipação são coisas diferentes.

Tomando por base, que o art. 1.521 do Código Civil, diz que os pais respondem pelos danos causados pelos filhos menores que estiverem sob seu poder, logo, não cabe indagar se o menor é ou não emancipado. Se os pais respondem pelos atos dos menores emancipados ou não? Onde a lei não distingue não cabe ao intérprete distinguir. A única exigência da lei é que sejam menores os filhos e que estejam sob o poder dos pais. Logo, ainda que emancipado, mas se tiver sob o poder dos pais, estes responderão pelos atos do filho, pois é esta a mensagem da lei.

⁸¹ - KARAN, Munir, Enciclopédia Saraiva de Direito, v. 65, p. 404, Saraiva – S. Paulo, 1977.

Já se decidiu que, o fato de os filhos menores de 21 anos se acharem emancipados não desobriga os pais de responderem solidariamente pelos atos ilícitos por aqueles praticados, a teor do art. 1.521, I, do Cód. Civil. Porquanto, nessa matéria, relevante é a maioria legal.⁸²

O Tribunal de Justiça de São Paulo, também já decidiu que a capacidade advinda da emancipação não pode sobrepor os limites de idade prevista na lei. Em passagem lapidar, encontra-se no corpo do Acórdão, alusão de que, partindo-se do pressuposto de que a capacidade resultante da emancipação, ou de qualquer outro fato determinante da cessão da incapacidade só se refere aos atos da vida civil, em razão da ficção jurídica tendente a antecipar a idade cronológica, deve-se convir que a emancipação civil, em qualquer de seus casos, é irrelevante em outras esferas jurídicas, como na órbita jurídico-penal, por exemplo.⁸³

A emancipação obtida pelo menor, implica tão-somente em lhe atribuir capacidade civil para agir e responder por estes atos, mas não pode implicar em afastar a responsabilidade dos pais pelos danos que os filhos causarem a terceiros. A emancipação por exemplo, não se presta para afastar a prescrição criminal pela metade do prazo (art. 115 do Cód. Penal), tal benefício não é excluído e nem eliminado pela emancipação, porque a prescrição pela metade do prazo é em razão da idade e não da capacidade civil. Da mesma forma a responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos é em razão da idade (menoridade) e não em razão da capacidade. Desta forma, sendo o filho menor e estando sob o poder e vigilância dos pais, estes respondem pelos danos causados por aquele, seja ele emancipado ou não. A emancipação que afasta a responsabilidade dos pais, há de ser a fática e não a jurídica. O filho poderá não ser emancipado juridicamente, mas a partir do momento que ele afasta do pai, passa a ser autônomo em seus negócios e não mais estará sujeito às ordens e orientação dos pais, haverá a emancipação de fato e em razão dela os pais ficam

⁸² - Apelação 106.524.1, do TAMG, in RJTAMG, vol. 44, p. 224.

⁸³ - M. S. 212.569 – 5º Câmara. TJSP, in RT. 451/71.

desonerados da responsabilidade por atos deste filho. Ao contrário, em havendo a emancipação jurídica, mas não existindo a emancipação de fato, circunstância averiguável, pela submissão do filho em relação aos pais, quando a estes continua depender, a responsabilidade dos pais persistirá.

19 - FILHOS NASCITUROS

Não encontrei notícias na literatura e nem na jurisprudência sobre a eventual responsabilidade dos pais por ato do nascituro.

Esse vazio literário até se justifica, pois de um lado, o nascituro nem sempre é considerado pessoa pelas mais diversas legislações; de outro, inexistente possibilidade física de atuação do nascituro. Sabe-se de fato e fisiologicamente que o nascituro sobrevive em uma bolsa amniótica, comprimido ao ventre materno, tornando-se impossibilitado à prática de qualquer ato sob o prisma fático.

Não obstante isto, resta saber, por um lado, se o nascituro não poderá praticar ato jurídico através de um representante; ou, de outro lado, para os casos em que não se exige prática de ato algum (*verbi gratia*, art. 1.528 do Cód. Civil).

Apesar da redação confusa do art. 4º do Cód. Civil, que diz que a personalidade civil do homem começa com o nascimento com a vida, mas pondo-se a salvo desde a concepção os direitos do nascituro, a doutrina moderna tem tendência a reconhecer direitos ao nascituro, mesmo antes do nascimento. Tomando-se por base o art. 2º do mesmo diploma, que afirma se todo homem capaz de direitos e obrigações, logo, é de surgir a indagação: Se o mesmo nascituro tem direito, será que também tem obrigação?

Mesmo não querendo dar uma resposta definitiva a esta questão, vamos fazer uma análise, ainda que elementar, à luz dos conceitos doutrinários modernos e do vetusto texto legal que ainda vige sobre a matéria.

19.1 DIREITOS DO NASCITURO

Nada obstante, a divergência que sempre graçou o tema, a tendência moderna é reconhecer direito ao nascituro. Assim é que Anacleto de Oliveira Faria (1978), que afirmou que “se o Código alude aos “direitos” do nascituro é porque lhe reconhece capacidade, pois, como já se observamos linhas acima, todo o titular do direito é pessoa. De fato, “pessoa”, em linguagem jurídica, é exatamente o sujeito ou titular de qualquer direito”.⁸⁴

Este mesmo autor afirma que o nosso Código Civil reconhece direitos ao nascituro em diversos dispositivos, tais como o de receber doações (art. 1.169), o direito de reconhecimento à representação (art. 357), o direito à adoção (art. 377), o direito à representação (art. 462) e direito à sucessão, quer legítima, quer testamentária.

Mais incisivamente, o mesmo autor arremata dizendo: “Não obstante a assertiva do início do art. 4º do Cód. Civil e da posição adotada pela maior parte dos juristas, entendemos que o início da personalidade natural deve ser contado desde a concepção, condicionando-lhe os direitos, porém, ao ulterior nascimento com vida”.⁸⁵

Por sua vez. Silmara J. A. Chinelato de Almeida (1988), apregoa que a vida viável começa, porém, com a nidação, quando inicia a gravidez.⁸⁶

Para esta eminente Professora da USP, o nascituro é pessoa desde a concepção e que nem todos os estados e direitos a ele atribuídos dependem do nascimento com vida, como por exemplo o estado de filho (art. 458, CC), de filho legítimo (arts. 337 e 338, CC), direito de curatela (arts. 458 e 462, CC), o direito à vida ao

⁸⁴ - FARIA, Anacleto de Oliveira, *Instituições de Direito*, p. 125, 4º ed., Ver. dos Tribunais - S. Paulo, 1973.

⁸⁵ - idem, idem, p. 126.

⁸⁶ - ALMEIDA, Silmara J.A.C., *Revista de Direito Civil*, v. 44, p. 181, Ver. Trib. - S. Paulo - abril/junho de 1988

qual se relaciona o direito a alimentos, a integridade física e os demais direitos de personalidade.⁸⁷

Pelo que foi visto, tantos são os direitos do nascituro, restando em aberto se ao lado destes deve existir também obrigação a ponto de poder ser ele responsabilizado, ou ainda se por ele devem responder os pais.

19.2 OBRIGAÇÕES DO NASCITURO

O nascituro não pode agir por si mesmo, quer do ponto de vista jurídico (por lhe faltar capacidade), quer do ponto de vista físico (por viver comprimido ao ventre materno sem possibilidade de atuação. Apesar disso, resta saber se o nascituro poderá agir através de representação (arts. 458 e 462, CC.). Neste ponto, parece-me não haver dúvida que pode.

Já disse Silmara Chinelato e Almeida, que, juridicamente, também não há como negar-se personalidade ao nascituro, o qual em todas as legislações dos povos cultos, goza de certa capacidade jurídica, de direitos e de status, ambos elementos da personalidade, nem sempre dependentes do nascimento com vida.⁸⁸

O Código de Processo Civil pátrio, nos arts. 16 a 18, trata da responsabilidade das partes por dano processual e nos arts. 19 a 35, cuida das despesas, honorários e multas de responsabilidade das partes.

Quando a lei processual atribui responsabilidade para as partes, resta saber se o nascituro pode ser parte para ser responsável, ou alguém por ele possa responder?

Tem-se apregoado que o nascituro tem capacidade de ser parte ativa, enquanto que, para alguns, não pode o nascituro ser parte passiva.

⁸⁷ - FARIA, Anacleto Oliveira, op. cit. p. 183.

⁸⁸ - idem, idem, p. 182.

Que o nascituro tem capacidade de ser parte ativa parece-nos não mais ser objeto de dúvida. Tem-se admitido ação de alimentos em favor do nascituro (RT 625/172), bem como ação cautelar de reserva de bens para assegurar a sua participação em partilha de bens inventariados.

Em podendo o nascituro ser parte ativa, logo poderá também ser parte passiva. Existe o princípio de direito de que, quem pode ser parte ativa, também poderá ser parte passiva. Este princípio é pouco conhecido, mas é contemplado em nosso sistema processual, ainda que implicitamente (art. 491, CPC), visto que o réu na ação rescisória será o adversário vencedor na ação rescidenda. Caso na ação originária o vencedor foi o nascituro; na rescisória, será ele necessariamente o réu.⁸⁹ Mas, não é só. O nascituro tem capacidade de ser parte passiva em outras ações. Em ação de anulação de testamento em que o beneficiário deste seja o nascituro, o mesmo terá de figurar como parte passiva. Assim se dá com a ação de anulação de doação (art. 1.169, CC), etc.

Veja que o nascituro pode ser ativa e passiva desde que a ação seja relacionada a seus direitos. Ninguém nega que o nascituro tem direito, dúvida surge no que diz respeito à obrigação.

Todavia, é bom lembrar que todo exercício de direito implica por via oblíqua e em sentido oposto, uma obrigação.

Em sendo o nascituro parte no processo, não importa se ativa ou passivamente, estará ele sujeito às regras dos arts. 16 a 35 do CPC. As normas implicam em responsabilidades por danos processuais (art. 16 e 18), despesas e honorários advocatícios (art. 20), multa (art. 529, CPC), e ainda a responsabilidade dos arts. 588, I e 811, do CPC.

Estes são casos em que poderão advir danos em razão da atuação do nascituro como parte no processo. Mas, não é só. Pontes de Miranda (1984), aponta casos em que a responsabilidade por danos ocorre independentemente de atuação, quando observou que “se o edifício ou qualquer outra construção é causa do dano e o proprietário deste é o menor de 16 anos,

⁸⁹ - STJ – RTJ 83/390 e RT. 515/254.

mesmo se trata de nascituro, há a responsabilidade do proprietário, tenha ou não tutor ou curador”.⁹⁰ Este autor cita os casos dos arts. 1.528 e 1.529 do Código Civil, em que a responsabilidade é o dono do prédio, independentemente de haver atuado ou não. Assim sendo, caso este prédio seja destinado ao nascituro, é este que será responsável pelo dano que dele resultar. Em podendo o nascituro ser responsabilizado na condição de dono do prédio (art. 1.528, CC), é de se perguntar, no caso, se os seus pais respondem em solidariedade com o mesmo? Pensamos que em nada será alterada a situação dos pais, no que diz respeito à responsabilidade dos danos que o nascituro vier a causar a terceiros. Em se tratando da responsabilidade prevista no art. 1.528 do Código Civil, os pais poderão buscar a exclusão da responsabilidade comprovando que não tiveram culpa. Nos casos de danos processuais, a culpa dos pais dificilmente será elidida, visto que o nascituro somente agirá processualmente através de seu representante legal e em caso de dano em razão do processo, parece-nos que este representante será solidariamente responsável com o nascituro em relação ao terceiro prejudicado.

20 - EXONERAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DOS PAIS

Foi visto que, a responsabilidade dos pais pelos danos que os filhos causem a terceiros, é de natureza objetiva. Os pais somente livres da responsabilidade se provarem que não agiram com culpa, quer direta, quer indiretamente.

Lembra José de Aguiar Dias (1979), quando se cogita, pois, dos motivos que o pai pode invocar, como capazes de exonerar de responsabilidade, não se deve perder de vista a possibilidade de justificadamente haver o pai perdido o poder de direção sobre o menor”.⁹¹

⁹⁰ - PONTES de Miranda, F.C., Tratado de Direito Privado, vol. LIII, p. 125, Ver. Trib., São Paulo, 1984.

⁹¹ - Dias, José de Aguiar, op. cit. p. 182.

A responsabilidade dos pais pelos danos causados a terceiro por filho sob sua guarda e companhia é de caráter objetivo, permite-se, todavia, que os pais provem que não agiram com culpa.⁹²

Podem os pais provarem por exemplo, que no momento em que o filho menor praticou o ato, ele não estava sob suas vigilâncias, porque em horário escolar e sob a vigilância do estabelecimento de ensino, bem como quando internado em casa de saúde, creches, etc.

Exemplo marcante é o caso do jogador de futebol Ronaldo, que contando apenas com dezessete anos, portanto, menor e não emancipado, mas que ao servir à Seleção Brasileira, viajou para os Estados Unidos, onde ficou concentrado sob a responsabilidade da C.B.F.. Neste caso, apesar de menor e não emancipado, por ato seu praticado durante a permanência nos Estados Unidos, seus pais não seriam responsabilizados porque não tinham sobre ele vigilância direta. Provada esta circunstância haveria a exoneração da responsabilidade dos pais.

21 - PERSPECTIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil atual que é dominada pela chamada teoria subjetiva em que se exige prova da culpa do causador do dano a ser produzida pela vítima, ao que se pensa, está com os dias contados. Essa teoria subjetiva, cria sérias dificuldades para a vítima e dificulta a reparação dos prejuízos.

Carrear para a vítima o ônus da prova da culpa do causador do dano a nosso ver é uma injustiça que não se justifica em caso algum. Ainda que o causador do dano não tenha culpa, mas pelo simples fato de dar prejuízo à outrem que também não teve culpa, por questão de justiça deve reparar o dano.

Entre duas pessoas que não tiverem culpa, melhor que o prejuízo fique com quem causou o dano.

⁹² - PONTES de Miranda, F.C., *op. cit.* p. 137.

Muitas vezes o causador do dano age com culpa, mas a vítima não consegue prová-la. Assim, pesar de culpado, não será responsabilizado. Esta situação de injustiça deve ser eliminada da sistemática jurídica.

A teoria subjetiva ou da culpa, é hoje amplamente condenada.

A evolução não descontinuou, diz Pontes de Miranda: “O Direito Moderno não é mais o dos tempos romanos. Muito há que nos ficou, porém muito se aboliu e muito se tem que perder da herança de Roma grandes questões sociais ferir-se-ão no terreno das indenizações, e como as reformas políticas, importantíssimas, terão de vir as de tal Direito, que hoje assenta o mal, no mais defeituoso princípio – o individualismo jurídico – e pelo modo mais defeituoso que se possa imaginar: a culpa.”⁹³

A velha e vetusta da culpa, representa um individualismo exacerbado que não pode perdurar em um mundo em que o humanismo procura ganhar espaço.

Qualquer dano ocasionado, seja lastimável menoscabo, não apenas para a vítima, como para a sociedade mesma, da qual é parte, dí-lo Rabut.⁹⁴

Uma grande luz, no entanto, se faz quando, por vezes, se abandona a larga estrada, batida, da milenária culpa subjetiva, para se abeirar um pouco mais do terreno da responsabilidade objetiva.⁹⁵

Seguindo os passos de Alvin Lima, Wilson Melo da Silva, disse que apenas o calor da disputa, o apaixonado zelo de alguns doutrinistas da culpa tradicional nos tempos modernos poderiam conduzir, tão longe, de molde a se pretender uma identidade de princípios entre o móvel da reparação dos danos nos tempos de antanho e nos dias que correm, entre a pura vindita e a responsabilidade objetiva.

⁹³ - PONTES de Miranda, citado por J.M. de Carvalho Santos, Código Civil Brasileiro Interpretado, V. XX, p. 194, Liv. Freitas Bastos – Rio, 1986.

⁹⁴ - RABUT, Albert, de La Nottion de Faute en Droit Privé, p. 156, Paris, 1949.

⁹⁵ - SILVA, Wilson Melo da, Responsabilidade sem Culpa, p. 145, Ed. Saraiva – São Paulo, 1974.

A teoria atual da responsabilidade objetiva, muito longe de significar um retrocesso, seria, antes, marca assinalada de progresso”.⁹⁶

Uma vez mais, chama-se à colação, Wilson Melo da Silva, que na esteira do que ensinara Ripert, gisou, com maestria que, “a norma que divorce da realidade é norma fadada ao desaparecimento. Ela passaria a ser considerada norma injusta. E, como o assinalou Ripert, o verdadeiro declínio do direito é o que resulta de normas tornadas inadequadas, de normas que não sejam mais ditadas pela justiça”.⁹⁷

Hoje o jurista moderno há de convir que toda norma jurídica deve representar o direito e que este deve ser retirado dos anseios sociais, sem invenção, mas tão-somente, observação e assimilação.

Não se pode negar o dinamismo do direito, como já escrevemos alhures, pois, este, longe de ser estático, está em constante evolução mutativa, revelando um contínuo “vir a ser”. O Direito é mutável. Todavia, existe uma ordem superior imutável. Esta ordem maior e imutável consiste em que o direito de um novo está no seu conteúdo.⁹⁸

22 - CONCLUSÕES

Pelo que foi exposto, é possível concluir que:

- 01 – A responsabilidade civil é a obrigação imposta à alguém, por lei, de reparar o dano sofrido por terceiro.
- 02 – Hoje, a responsabilidade civil está alicerçada nas teorias subjetiva, objetiva e do risco, conforme exigência da prova de culpa, dispensa dessa prova pela vítima e ainda a dispensa da própria culpa em casos excepcionais.

⁹⁶ - idem, idem, p. 97.

⁹⁷ - idem, idem, p. 157.

⁹⁸ - SOUZA, Gelson Amaro de, *Processo e Jurisprudência no Estudo do Direito*, p. 66, Forense – Rio, 1989.

- 03 – A fonte primária da responsabilidade civil é a lei (art 5º, II, DA cf), sem esta não haverá obrigação. Toda obrigação deve estar amparada pela lei e sem lei, não haverá obrigatoriedade. Existe a obrigação dos pais indenizarem os danos causados pelos filhos, porque existe lei neste sentido (art. 1.521 do CC).
- 04 – Não é o pátrio poder causa da responsabilidade dos pais, mas o dever de vigilância, educação e orientação dos filhos. Mesmo tendo o pátrio poder, os pais poderão exonerar-se desta responsabilidade desde que provem não ter, naquele momento, o dever de vigiar o filho.
- 05 – Os pais não respondem por obrigação dos filhos, mas por obrigação própria e direta em solidariedade com o filho autor do dano.
- 06 – Que a culpa presumida será sempre a culpa dos pais e não dos filhos, pois a destes haverá sempre de ser provada pela vítima.
- 07 – Os pais respondem por culpa própria e não pela culpa dos filhos. A culpa é dos pais que não educaram, vigiaram ou cuidaram dos filhos.
- 08 – Os pais respondem pelos atos dos filhos sejam eles púberes, impúberes, emancipados e até mesmo do nascituro, quando neste último caso, o nascituro atuar por representação do pai.
- 09 – Os pais poderão exonerar-se da responsabilidade pelos atos dos filhos sempre que provarem que não agiram com culpa.
- 10 – Existe crescente entusiasmo pela responsabilidade objetiva, o que, por certo, evitará que os danos restem irreparados.
- 11 – A responsabilidade subjetiva não atende aos anseios da sociedade, porque protecionista em relação ao causador do dano, obrigando à vítima, que se encontra inferiorizada, a produzir provas nem sempre ao seu alcance.
- 12 – Quem sofre os danos, tem direito à sua reparação. Quem os causou que os pague. Entre a vítima e o causador do dano, ambos sem culpa, preferível é que o prejuízo fique com quem causou o prejuízo.